

## Faktenblatt

### Preisniveau nach Art. 29 Abs. 1 BÖB

*Dieses Faktenblatt betrifft nur Beschaffungen gestützt auf die IVöB. Phase: Ausschreibung, Festlegung und Zulässigkeit von Zuschlagskriterien im kantonalen oder kommunalen Verfahren.*

Das vom Bundesparlament unter Art. 29 Abs. 1 BÖB hinzugefügte Zuschlagskriterium «**unterschiedliche Preisniveaus**» zielt darauf ab, die hiesigen Anbieter gegenüber ausländischer Konkurrenz zu schützen.

Aus den nachfolgend dargelegten Überlegungen haben die Kantone das Zuschlagskriterium «unterschiedliche Preisniveaus» bewusst nicht in die IVöB aufgenommen. Den kantonalen und kommunalen Beschaffungsstellen stehen andere Instrumente zur Verfügung, um insbesondere den Bedürfnissen der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) Rechnung zu tragen.

#### Worum geht es?

Mit dem Zuschlagskriterium «**unterschiedliche Preisniveaus**» sollen die **schweizerischen Unternehmen** vor der ausländischen Konkurrenz im Preiskampf um öffentliche Aufträge geschützt bzw. gestärkt werden. Im Rahmen der Angebotsbewertung im Beschaffungsverfahren sollen die unterschiedlichen Preisniveaus der einheimischen und ausländischen Anbieter deshalb berücksichtigt, allenfalls bereinigt werden. Die damit verbundene Ungleichbehandlung ausländischer und einheimischer Anbieter wird mit den **Staatsverträgen** des öffentlichen Beschaffungswesens als **nicht vereinbar** erachtet<sup>1</sup>. Bei Beschaffungen im **Binnenbereich** (ausserhalb des Bereichs der Staatsverträge) darf das Preisniveau (bzw. die damit zusammenhängende volkswirtschaftliche Kennzahl) in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, dagegen bewertet werden.

Auf **Bundesebene** wollte das Parlament diesem Anliegen im Rahmen der Gesetzesrevision Rechnung tragen und hat deshalb in den Katalog der Zuschlagskriterien gemäss Art. 29 Abs. 1 BÖB die Möglichkeit aufgenommen, dass die Vergabestellen die **unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern berücksichtigen**

können, wobei die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz vorbehalten bleiben.

Auf der **kantonalen Ebene** war das InöB demgegenüber einstimmig der Auffassung, dieses vom Bundesparlament geschaffene, neue Zuschlagskriterium sei nicht nötig, bringe sowohl rechtliche wie auch praktische Umsetzungsschwierigkeiten mit sich und sei mit der neuen Vergabekultur sowie dem Ziel, das Beschaffungswesen möglichst zu vereinfachen, nicht zu vereinbaren.

Das **InöB** hat dementsprechend an der Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 in Bern die revidierte IVöB ohne dieses Zuschlagskriterium einstimmig verabschiedet. Der Antrag eines Kantons, Art. 29 Abs. 1 IVöB mit einem Hinweis auf die unterschiedlichen ausländischen Preisniveaus zu ergänzen, wurde **ausdrücklich abgelehnt**. Es ist deshalb auch ausgeschlossen, dieses Kriterium im Rahmen der kantonalen Beitrittsgesetzgebung einzuführen (vgl. Art. 63 Abs. 4 IVöB)<sup>2</sup>.

#### Gründe gegen die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus in den Ländern als Zuschlagskriterium

- Das Preisniveaukriterium würde die Vergabestellen von Kantonen und Gemeinden wie auch die kantonalen Gerichte mit **schwierigen Wertungs- und Auslegungsfragen** konfrontieren, welche sich für die Beschaffungspraxis kaum oder nur mit grossem Aufwand operationalisieren lassen. Das belastet die zügige Durchführung von Beschaffungen und absorbiert Ressourcen, ohne einen ausgewiesenen Nutzen für die schweizerischen Anbieter.
- Das Kriterium ist praxisfern und **steht dem Geist der neuen Vergabekultur entgegen**. Danach sollen der Qualitätswettbewerb, Innovation und Nachhaltigkeit gefördert und verstärkt als Kriterien herangezogen werden. Das kommt faktisch den schweizerischen Unternehmen, insbesondere den kleineren und mittleren Unternehmen (KMU), zugute. Demgegenüber fokussiert das Preisniveaukriterium, wie der Name sagt, ausschliesslich auf den Preis, rückt mithin

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch die Hinweise in Fussnoten 4 und 5.

<sup>2</sup> Vgl. dazu TRÜEB/ZOBL, Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus bei öffentlichen Beschaffungen,

dieses Zuschlagskriterium wiederum in den Vordergrund.

- Da sich eine öffentliche Beschaffung stets auf ein konkretes Gut oder eine spezifische Leistung bezieht, kann das allgemeine schweizerische Preisniveau bei der Bewertung von Angeboten nicht als taugliches Ausgleichskriterium dienen. Es müssten für den Preisvergleich zwingend auch zur **Feststellung des inländischen Preisniveaus** branchen- oder sektorenspezifische Preisvergleiche herangezogen werden. Oftmals fehlen dazu einfach zugängliche und leicht nachvollziehbare Datengrundlagen; die Vergabestellen müssten diese beschaffen und aufbereiten, etwa bei der Vorbereitung der Beschaffung.
- Um die unterschiedlichen Preisniveaus zwischen der Schweiz und den Herkunftsländern ausländischer Anbieter verstehen und adäquat bewerten zu können, sind entsprechende Kompetenzen und Ressourcen bei den Vergabestellen erforderlich. Es handelt sich um **komplexe Sachverhalte**. Zudem ist eine sehr gute Kenntnis der betroffenen Märkte und Produkte nötig. Den Ausschreibungen müssten entsprechende **Hypothesen** zugrunde gelegt werden, welche sich nach der Öffnung und Bewertung der tatsächlich eingegangenen Angebote auch als falsch erweisen können, z.B. wenn nicht die erwarteten Anbieter ein Angebot einreichen. Dieses Vorgehen erweist sich als fehler- und beschwerdeanfällig.
- Es ist unklar, **wie ausländische von inländischen Angeboten unterschieden** würden bzw. in welchen Fällen das Zuschlagskriterium «unterschiedliches Preisniveau» überhaupt zur Anwendung käme. Im konkreten Anwendungsfall stellen sich zahlreiche unterschiedliche Fragen, wie beispielsweise, ob eine (weitgehend) im Ausland produzierende Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz anders zu behandeln wäre als eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland, ob an den Grad der Wertschöpfung in der Schweiz anzuknüpfen wäre und, falls ja, wie hoch der entsprechende Anteil sein müsste (z.B. 60%, 51% oder 30%) oder welchem Staat Produkte oder Dienstleistungen zuzuordnen wären, an denen Arbeitsgemeinschaften oder **Subunternehmen aus mehreren Staaten** beteiligt sind.
- Der Bezug von Rohstoffen, Vorleistungen, Komponenten, Vorfabrikaten u.ä. bei ausländischen Lieferanten durch schweizeri-

sche Anbieter kommt in der Praxis sehr häufig vor, gerade bei KMU. Zu denken ist als Beispiele an die Fertigung von Kommunalfahrzeugen oder im Baunebengewerbe an Schreiner-, Maler- oder Gipsarbeiten. Unternehmen mit Sitz und Produktion in der Schweiz, die mit ausländischen Unternehmen zusammenarbeiten (müssen), würden unter dem Preisniveaukriterium benachteiligt.

- Die Erhebung und laufende Aktualisierung zuverlässiger Daten in diesem Kontext dürfte bei den Vergabestellen einen **erheblichen bürokratischen Aufwand** nach sich ziehen. Dieser kann sich analog zum Nachteil auch der (schweizerischen) Anbieter bei der Erarbeitung ihrer Angebote niederschlagen. Letztlich müssten sie die **Wertschöpfungskette** und die jeweiligen (prozentualen) Anteile an der Wertschöpfung gegenüber der Vergabestelle detailliert offenlegen, v.a. die eigenen Anteile am Produkt.
- Die Wertschöpfungskette bzw. -anteile gemäss Offerte der Anbieter müssten die Vergabestellen im Verfahren **überprüfen bzw. überprüfen können**. Sie könnten dazu aber nicht befriedigend in die Lage versetzt werden. Vergabebehörden haben grundsätzlich keinen Einblick in die interne Kalkulation und Produktion der Anbieter (Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis). Zudem müssten die Vergabestellen über sehr vertiefte Produktkenntnisse verfügen, was unrealistisch ist.
- In hohem Masse ungeklärt und unsicher ist schliesslich die Frage, wie die «Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus» bei der **Angebotsbewertung** in der Praxis konkret stattfinden soll. Die theoretisch denkbaren Massnahmen reichen von einem (geringfügigen) Punkteabzug bis zu einem Ausschluss der entsprechenden Angebote. Eine weitere Variante bestünde darin, die offerierten Preise um den Faktor «Preisniveau-Unterschied» zu bereinigen. Die Vergabestellen müssten die Preisniveaus der für die eingegangenen Angebote relevanten Länder feststellen, um anschliessend pro Angebot bzw. pro Land die Preisdifferenz zu berechnen. Falls das ausländische Preisniveau über dem inländischen Niveau liegt (z.B. Energiekosten, elektronische Geräte, Möbel), wären die Preise von schweizerischen Anbietern im Gegenzug allenfalls nach oben zu korrigieren, womit deren Erfolgchancen geringer würden<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen: ABU-TALIB, Heimatschutz um jeden Preis?, in: usic-news Nr. 2/2020, S. 24 f. (abrufbar unter:

<[https://www.usic.ch/de/Verband/Medien/usic-news/2020\\_2\\_usic\\_news.pdf](https://www.usic.ch/de/Verband/Medien/usic-news/2020_2_usic_news.pdf)>

Die Vergabestellen und die Anbieter müssten, zusammenfassend, somit bei relativ kleinen Auftragssummen (siehe die Schwellenwerte im Nicht-Staatsvertragsbereich nachfolgend) einen grossen bürokratischen Aufwand auf sich nehmen, um das «Preisniveau» und die Herkunft der Leistung bzw. Leistungsteile in irgendeiner Form zu ermitteln, nachzuweisen und zu bewerten. Dies würde nicht zur angestrebten Vereinfachung, sondern zu einer Verkomplizierung und einer Verlängerung der Beschaffungsdauer führen.

### Rechtliche Zulässigkeit und Relevanz

Im **Staatsvertragsbereich** besteht kein Raum für die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus am ausländischen Leistungsort<sup>4,5</sup>. Ein solches Zuschlagskriterium stünde im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere Verletzung der Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung).

Im **Binnenbereich** wäre die Preisniveau-Regelung demgegenüber zwar anwendbar, aber aus den nachfolgenden Gründen praktisch ohne grosse Bedeutung, auch wirtschaftlich:

- Aufgrund der massgebenden Schwellenwerte ausserhalb des Staatsvertragsbereichs könnte das Preisniveaukriterium bei **Lieferungen und Dienstleistungen** bei Aufträgen mit einem Wert zwischen CHF 250'000 und 300'000 angewendet werden.
- Bei **Bauleistungen** hätte das Preisniveaukriterium bei Aufträgen mit einem Wert zwischen CHF 250'000 (Bauneben-gewerbe) bzw. CHF 500'000 (Bauhaupt-gewerbe) und CHF 8.7 Mio. eine gewisse Relevanz. In diesem Bereich ist die praktische Bedeutung allerdings insofern eingeschränkt, als der Auftragswert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts aller für ein Bauwerk massgeblichen Bauleistungen bestimmt wird, auch wenn verschiedene Auftragsgattungen vergeben werden (sog. Bauwerksregel, Art. 16 Abs. 3 IVöB). Dadurch fallen auch kleinere Beschaffungen rasch in den Staatsvertragsbereich, wenn sie Teil eines Gesamtprojekts sind.
- Bei Vergaben, welche die Vergabestellen im **Einladungsverfahren** durchführen dürfen, z.B. bei Güter- oder Dienstleistungsbeschaffungen unterhalb von CHF 250'000, können sie direkt ausschliesslich

schweizerische Anbieter zur Offerteinreichung einladen, so dass zum Vornherein kein Bedarf nach diesem Kriterium besteht.

### Kein Spielraum für kantonales Ausführungsrecht

Art. 63 Abs. 4 IVöB erlaubt den Kantonen, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, und zwar insbesondere zu Art. 10, 12 und 26 IVöB. «Ausführungsbestimmungen» sind Normen organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Ausführungsbestimmungen dürfen keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Es ist den Kantonen deshalb **nicht gestattet**, auf dem Weg des Ausführungsrechts weitere (generell-abstrakte) Zuschlagskriterien wie jenes der Berücksichtigung des Preisniveaus in ihr Recht aufzunehmen.<sup>6</sup>

### Alternative Ansätze zur Stärkung inländischer Anbieter

Das Zuschlagskriterium des Preisniveaus wurde, wie die bisherigen Ausführungen zeigen, mit gutem Grund nicht in die IVöB aufgenommen. Den Vergabestellen in den Kantonen und Gemeinden stehen **andere rechtskonforme Instrumente** zur Verfügung, um insbesondere den Bedürfnissen der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) Rechnung zu tragen<sup>7</sup>:

- Im Binnenbereich müssen ausländische Anbieter nur insofern zum Verfahren zugelassen werden, als ihr (Sitz-)Staat **Gegenrecht** gewährt (Art. 6 IVöB/BöB).
- Grössere Aufträge können in mehrere **Lose** aufgeteilt werden, um KMU den Marktauftritt zu erleichtern. Auch zulässig ist allenfalls die Vorgabe, dass ein einzelner Anbieter nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann (Art. 32 Abs. 2 und 3 IVöB/BöB).
- Die **Eignungskriterien** können auf das vom Beschaffungsgegenstand her Notwendige beschränkt werden und zu «formalistische» Eignungskriterien können unterbleiben, damit der Wettbewerb spielen kann und der Aufwand für die Offerte verhältnismässig bleibt («so wenig wie möglich, so viel als nötig»).

<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund haben die eidgenössischen Räte den Kriterienkatalog von Art. 29 unter den Vorbehalt der «**Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz**» gestellt.

<sup>5</sup> Aufgrund des bilateralen Beschaffungsabkommens mit der Europäischen Union finden die Grundsätze der

Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung auch bei unterschwelligen Beschaffungen Berücksichtigung.

<sup>6</sup> Gutachten TRÜEB/ZOBL, Rz. 3 f. und 92 ff.

<sup>7</sup> Gutachten TRÜEB/ZOBL, Rz. 17-19 und 110-112.

- Die Vergabekriterien gemäss dem/der neuen BÖB/IVöB begünstigen die angemessene **Gewichtung von Qualitätskriterien** sowie die Berücksichtigung von **Nachhaltigkeitsaspekten und Innovation**, was tendenziell Anbietern in der Schweiz zugutekommt. Letzteres schliesst produktbezogene Nachhaltigkeits- und Innovationskriterien mit ein (auch in Bezug auf Transportart und -wege, wobei solche Kriterien einer objektiven, sachlichen Begründung und Zweckmässigkeit angesichts des Beschaffungsgegenstandes bedürfen). Solche Kriterien sind Teil der neuen Vergabekultur, wonach künftig nicht mehr (bloss) das «wirtschaftlich günstigste» Angebot den Zuschlag erhalten soll sondern das **«vorteilhafteste Angebot»** (Art. 41 BÖB/IVöB) und wonach die **Qualität** und die anderen im Gesetz bzw. in der Vereinbarung aufgeführten Zuschlagskriterien im Verhältnis zum Preis **mehr Gewicht** erhalten bzw. auf die gleiche Stufe gestellt werden, was die Unternehmen mit Sitz in der Schweiz stärkt.
- Für den Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes stehen zudem die **Instrumente des Entsendegesetzes** zur Verfügung, die sich in der Praxis bewährt haben. Dazu gehören die Dokumentenprüfung, Inspektionen auf der Baustelle sowie Verwaltungsanktionen bei Nichteinhalten.